

Sygn. akt KIO/1815/10

WYROK
z dnia 7 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 sierpnia 2010 r. przez **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162 a, 02-342 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Zakład Utylizacji Odpadów Stałych Sp. z o.o., ul. Rokicka 16, 83-110 Tczew**

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX S.A., 01-040 Warszawa, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się,

przy udziale wykonawcy **Ekosystem S.A., 65-364 Zielona Góra, ul. Kożuchowska 20c** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się,

przy udziale wykonawcy **Falubaz S.A., 65-785 Zielona Góra, ul. Osadnicza 2** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu modyfikację odpowiednich zapisów ogłoszenia oraz SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto nakazać Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach ogłoszenia oraz SIWZ wraz z załącznikami.

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Utylizacji Odpadów Stałych Sp. z o.o., ul. Rokicka 16, 83-110 Tczew** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162 a, 02-342 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

2) dokonać wpłaty kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Zakład Utylizacji Odpadów Stałych Sp. z o.o., ul. Rokicka 16, 83-110 Tczew** na rzecz **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162 a, 02-342 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty uczestnika postępowania poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zakład Utylizacji Odpadów Stałych Sp. z o.o., ul. Rokicka 16, 83-110 Tczew (zwany dalej: „Zamawiającym”), działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) (zwanej dalej: „ustawą” lub „ustawą Pzp”), prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie na: *„Zaprojektowanie i budowa zakładu unieszkodliwiania odpadów, spełniającego wymagania Najlepszej Dostępnej Techniki (BAT) wraz z budową i montażem linii technologicznych poszczególnych segmentów technologicznych zakładu, dostawą maszyn budowlanych i transportowych, urządzeń i narzędzi eksploatacyjnych. W ramach zamówienia zostaną zrealizowane dwa uzupełniające segmenty technologiczne – stacja przeładunkowa odpadów oraz stanowisko przetwarzania odpadów budowlanych z infrastrukturą rezerwową”*.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 9 sierpnia 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2010/S 156 – 241062 z dnia 13 sierpnia 2010 r.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 13 sierpnia 2010 r.

Wykonawca Warbud S. A. , Al. Jerozolimskie 162 a, 02-342 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 23 sierpnia 2010 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na treść ogłoszenia oraz treść zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1 ustawy,
- art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy,
- art. 36 ust. 5 ustawy,

- oraz § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817).

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonanie zmiany sekcji III.2.3 pkt 1 lit. b ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie dotychczasowej treści akapitu pierwszego i wpisanie w to miejsce postanowienia o treści: „zaprojektował w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej dwie stacjonarne linie segregacji odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych o przepustowości min. 50 000 Mg/rok zlokalizowane w hali, o wartości każdej instalacji do sortowania nie mniejszej niż 7.000.000 PLN oraz dostarczył w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej dwie stacjonarne linie segregacji odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych o przepustowości min. 50 000 Mg/rok zlokalizowane w hali, o wartości każdej instalacji do sortowania nie mniejszej niż 7.000.000 PLN”;

2) dokonanie zmiany pkt 9.1. 2) lit. b) Instrukcji Dla Wykonawców stanowiącej załącznik do SIWZ poprzez wykreślenie dotychczasowej treści i wpisanie w to miejsce postanowienia o treści: „zaprojektował w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej dwie stacjonarne linie segregacji odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych o przepustowości min. 50 000 Mg/rok zlokalizowane w hali, o wartości każdej instalacji do sortowania nie mniejszej niż 7.000.000 PLN oraz dostarczył w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej dwie stacjonarne linie segregacji odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych o przepustowości min. 50 000 Mg/rok zlokalizowane w hali, o wartości każdej instalacji do sortowania nie mniejszej niż 7.000.000 PLN”;

3) wykreślenia w sekcji III.2.3 pkt 2.IV, sekcji III.2.3 pkt 2.X i sekcji III.2.3 pkt 2.XII ogłoszenia o zamówieniu postanowień dotyczących konieczności posiadania przez osoby tam wymienione doświadczenia zawodowego na liniach wyposażonych w separatory optyczne i wpisania postanowień uznających za zdolne do wykonania zamówienia osoby, które posiadają doświadczenie zawodowe na liniach wyposażonych w separatory (niezależnie od typu separatora);

4) wykreślenia w pkt 9.3) IV IDW, pkt 9.3 X IDW oraz pkt 9.3 XII IDW postanowień dotyczących konieczności posiadania przez osoby tam wymienione doświadczenia zawodowego na liniach wyposażonych w separatory optyczne i wpisania postanowień uznających za zdolne do wykonania zamówienia osoby, które posiadają doświadczenie zawodowe na liniach wyposażonych w separatory (niezależnie od typu separatora);

5) wykreślenie postanowień dotyczących określenia wielkości frakcji kierowanej do stabilizacji zarówno w załączniku nr 6 (w poz. 8 i poz. 16) jak i w całej SIWZ, jak również zamieszczenie w SIWZ postanowień dopuszczających zastosowanie innej, lecz gwarantującej ten sam efekt technologiczny, sekwencji procesów jednostkowych w instalacji segregacji odpadów niesegregowanych;

6) wykreślenie postanowień dotyczących obowiązku przedstawienia wykazów opisanych w pkt B ppkt 8) oraz pkt C. ppkt 8 załącznika nr 7 do oferty;

7) wykreślenie dotychczasowej treści akapitu pierwszego sekcji III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu i wpisanie w to miejsce słów:

„W szczególności Wykonawca musi spełniać następujące warunki (w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniana będzie ich łączna sytuacja ekonomiczna i finansowa - w tym celu dokumenty ma obowiązek złożyć ten lub ci z Wykonawców, którzy w imieniu wszystkich wykazywać będą spełnianie tego warunku):

a) Wykonawca osiągnął: w ostatnich trzech latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, średnie roczne przychody netto ze sprzedaży w kwocie minimum 25.000.000 PLN

b) posiadać środki finansowe w wysokości co najmniej 10.000.000 PLN lub posiadać zdolność kredytową w wysokości co najmniej 10.000.000 PLN

c) posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności (obejmującej roboty budowlane oraz projektowanie) w wysokości min. 12.500.000 PLN";

8) wykreślenie dotychczasowej treści akapitu pierwszego pkt 9. 4) IDW i wpisanie w to miejsce słów:

„W szczególności Wykonawca musi spełniać następujące warunki (w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniana będzie ich łączna sytuacja ekonomiczna i finansowa - w tym celu dokumenty ma obowiązek złożyć ten lub ci z Wykonawców, którzy w imieniu wszystkich wykazywać będą spełnianie tego warunku):

a) Wykonawca osiągnął: w ostatnich trzech latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, średnie roczne przychody netto ze sprzedaży w

kwocie minimum 25.000.000 PLN

b) posiadać środki finansowe w wysokości co najmniej 10.000.000 PLN lub posiadać zdolność kredytową w wysokości co najmniej 10.000.000 PLN

c) posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności (obejmującej roboty budowlane oraz projektowanie) w wysokości min. 12.500.000 PLN";

9) wykreślenie akapitu drugiego pkt 35. IDW zawierającego zakaz zlecenia podwykonawcom następujących prac:

a. projektu technologicznego instalacji sortowni i kompostowni

b. dostawy podstawowego wyposażenia technologicznego instalacji sortowni i kompostowni tj. przenośników tych instalacji, sita bębnowego, urządzenia do przerzucania, kabin sortowniczych

c. montażu wyposażenia technologicznego sortowni i kompostowni

d. uruchomienia i rozruchu instalacji technologicznych;

10) modyfikacji SIWZ w zakresie warunku dotyczącego wymiarów hali technologicznej do kompostowania/tlenowej stabilizacji odpadów - rozdział 5.5.9. Hala instalacji intensywnej stabilizacji/kompostowania (strona 75) poprzez dopuszczenie możliwości wykonania hali kompostowni z pozostawieniem Wykonawcy swobody decyzyjnej w zakresie wymiarów (długość i szerokość) hali kompostowni, z jednoczesnym utrzymaniem pozostałych wymagań PFU w zakresie parametrów powierzchniowo-kubaturowych obiektu;

11) modyfikacji SIWZ w zakresie wymagania dotyczącego wymiarów pomieszczenia napraw i konserwacji maszyny obróbki i przerzucania kompostowanego/stabilizowanego odpadu - rozdział 5.5.9. Hala instalacji intensywnej stabilizacji/kompostowania (strona 75) poprzez wykreślenie wymogu wykonywania pomieszczenia napraw i konserwacji o ile zastosowane urządzenia technologiczne nie będą tego wymagały dla sprawnego działania i konserwacji.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący wskazał, iż warunkiem nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia jest żądanie od wykonawcy doświadczenia w zakresie konieczności posiadania doświadczenia jednoczesnego zaprojektowania i dostarczenia linii do segregacji odpadów. Z punktu widzenia oceny doświadczenia wykonawcy bez znaczenia, zdaniem Odwołującego jest bowiem czy usługi zostały wykonane jednocześnie, czy też osobno. Wykonawca który jednocześnie zaprojektował i dostarczył linie do segregacji odpadów posiada takie samo doświadczenie jak wykonawca, który w jednym zamówieniu zaprojektował, a w innym dostarczył linię do segregacji odpadów. Tak postawiony warunek, w sposób istotny ogranicza dostęp wykonawców do przetargu, co skutkuje naruszeniem uczciwej konkurencji.

Z punktu widzenia oceny doświadczenia wykonawcy bez znaczenia jest również jaki typ separatorów został zaprojektowany lub dostarczony. Ten rodzaj technologii sprowadza się bowiem do zastosowania określonego urządzenia peryferyjnego w ciągu linii technologicznej budowanej sortowni. W praktyce wykonawcy realizując zadanie wybudowania zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych nabywają urządzenie służące do danego rodzaju segregacji od producenta sprzętu i włączają je do ciągu technologicznego sortowni. Dlatego doświadczenie w projektowaniu czy dostawie linii wyposażonych w inne typy separatorów, zdaniem Odwołującego jest porównywalne z doświadczeniem w projektowaniu czy dostawie linii wyposażonych w separatory optyczne, gdyż każdy wykonawca może zamówić dostępne na rynku urządzenie, zakupić je, a następnie zamontować. Zatem tak sprecyzowany wymóg, wedle Odwołującego nie jest adekwatny do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Ponadto Odwołujący zauważył, iż stosownie do sekcji III.2.3 pkt 2.IV, sekcji III.2.3 pkt 2.X i sekcji III.2.3 pkt 2.XII ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 9. 3) IV., pkt 9.3. X. oraz pkt 9.3.XII IDW, za dysponującego osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający uznać miał wykonawcę, który dysponuje specjalistami o odpowiednich kwalifikacjach i mających doświadczenie w pracy (w charakterze technologa, w charakterze kierownika montażu linii technologicznej sortowni, w charakterze specjalisty ds. rozruchów technologicznych dla sortowni) na liniach wyposażonych w co najmniej jeden separator optyczny. Doświadczenie w pracy w charakterze technologa, w charakterze kierownika montażu linii technologicznej sortowni, jak również w charakterze specjalisty ds. rozruchów technologicznych dla sortowni na liniach technologicznych wyposażonych w inne typy separatorów jest, zdaniem Odwołującego w pełni porównywalne z doświadczeniem w pracy odpowiednio w charakterze technologa, kierownika montażu linii technologicznej sortowni, czy też w charakterze specjalisty ds. rozruchów technologicznych dla sortowni na liniach technologicznych wyposażonych w separatory optyczne, różnica polega jedynie na zastosowaniu odmiennego urządzenia peryferyjnego.

Ponadto Odwołujący wskazał również, iż w ramach oferty technicznej iż Zamawiający zażądał przedstawienia przez wykonawcę gwarancji technologicznej według wzoru - załącznik nr 6. W części A załącznika nr 6. w poz. 8. Zamawiający określa minimalną wydajność instalacji stabilizacji odpadów organicznych - 38 000 Mg/rok oraz granice wielkości frakcji kierowanej do stabilizacji jako frakcję w przedziale 0-80 mm. Jednocześnie w punkcie 14 (część A) tego załącznika Zamawiający wymaga, aby dostarczona instalacja gwarantowała „osiągnięcie wskaźnika ilości odpadów komunalnych ulegających biodegradacji unieszkodliwianych przez składowanie mniejszego niż: 35 % masy wytworzonej w 1995 r. Wymagania muszą zgodnie z SIWZ zostać spełnione poprzez zastosowanie procesów technologicznych, szczegółowo opisanych w pkt 5.5.7.9.

„Wymagania szczegółowe Zamawiającego w stosunku do instalacji segregacji odpadów”. Mając na uwadze oczywiste fakty, takie jak nierównomierność i zmienność składu jakościowego i ilościowego odpadów komunalnych, Odwołujący podniósł, że jednocześnie określenie szeregu parametrów i szczegółowych wymagań dotyczących sposobu traktowania odpadów oraz wymaganej redukcji masy składowanych odpadów biodegradowalnych może okazać się niemożliwe do spełnienia z powodów obiektywnych, niezależnych zarówno od wykonawcy, jak i od Zamawiającego. Dla Zamawiającego powinno być istotne z punktu widzenia jego obowiązków wynikających z Ustawy o odpadach nie to, jaka frakcja wielkościowa będzie wydzielona i kierowana do stabilizacji, tylko jaki będzie wymagany i osiągnięty poziom redukcji odpadów biodegradowalnych. Za wybór procesów gwarantujących spełnienie wymagań dotyczących redukcji odpadów biodegradowalnych (w tym za wydzielenie frakcji organicznej ulegającej biodegradacji) odpowiada wykonawca. Ponieważ, zdaniem Odwołującego jest to przetarg na projektowanie i budowę, rolą projektanta jest ustalenie szczegółowych parametrów i sekwencji urządzeń, w taki sposób, aby gwarantowały osiągnięcie celów stawianych przez Zamawiającego. Narzucenie bardzo szczegółowych wymagań dotyczących sposobu pozyskania frakcji bogatej w składniki organiczne z odpadów niesegregowanych, których skład morfologiczny nie jest zależny ani od Zamawiającego ani od wykonawcy, nie tylko ogranicza możliwości wykonawców w oferowaniu konkurencyjnych technologii, ale i stawia oferentów w sytuacji, w której zmuszeni są (chcąc uczestniczyć w przetargu) gwarantować osiągnięcie efektów, metodami, na które praktycznie nie będą mieli wpływu, gdyż zostały one szczegółowo i jednoznacznie określone w PFU. Ponadto wskazujemy na sprzeczność warunków jakie stawia Zamawiający, co z założenia czyni co najmniej jeden z nich niemożliwy do spełnienia. Dodatkowo w PFU zostało zawarte wymaganie Zamawiającego dotyczące konieczności zastosowania wielkości otworów w sicie bębnowym - rozdział nr 5.5.7.2 - Sito bębnowe. Poniżej cytat z tego dokumentu. Odwołujący podniósł, że zapisy PFU w wyżej przedstawionym fragmencie są ze sobą sprzeczne - z jednej strony oczekiwanie wykonania sita z otworami o określonej wielkości a z drugiej strony informacja że wielkość oczek musi być dobrana. Nie można w oparciu o powyższe jednoznacznie stwierdzić, czy wielkość oczek w sicie bębnowym (poza wskazanym fragmencie PFU w wielu miejscach jest mowa o frakcji wielkościowej odpadów 0-80 mm) jest parametrem który powinien zostać dobrany przez wykonawcę, jako że od Wykonawcy oczekuje się zapewnienia gwarancji zakładanych efektów technologicznych (wielkość oczek to kluczowy parametr), czy intencją Zamawiającego jest aby wykonawca dostarczył urządzenie o konkretnej wielkości oczek w sicie - wskazywane w PFU 80 i 300 mm.

Ponadto w ramach oferty technicznej Zamawiający zażądał również przedstawienia przez wykonawcę następujących wykazów według wzoru - załącznik nr 7 o nazwie „oferta

techniczna" (p. B ppkt 8) oraz p. C. ppkt.8 załącznika: pktBppkt8). „Wykaz zrealizowanych przedsięwzięć, gdzie zastosowano oferowane rozwiązania technologiczne spełniające wymagania określone w SIWZ i PFU a dotyczące technologii instalacji do sortowania.

Powyższy wykaz powinien potwierdzać fakt oferowania sprawdzonego w podobnych warunkach, tzn. zastosowanego min. 2-krotnie, wyposażenia, rozwiązań technicznych i technologicznych na funkcjonujących instalacjach do sortowania odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych. Wykaz ten winien zawierać, co najmniej: nazwę maszyny czy urządzenia, typ, jego producenta, nazwę instalacji wraz z adresem i danymi kontaktowymi, rodzaj odpadów kierowanych na instalację, funkcję (zadanie) maszyny czy urządzenia. Wykaz ten winien zawierać informacje dotyczące tylko kluczowego wyposażenia." pktC. ppkt 8). „Wykaz zrealizowanych przedsięwzięć, gdzie zastosowano oferowane rozwiązania technologiczne spełniające wymagania określone w SIWZ, PFU a dotyczące technologii instalacji do stabilizacji tlenowej. Powyższy wykaz powinien potwierdzać fakt oferowania sprawdzonego w podobnych warunkach, tzn. zastosowanego min. 2-krotnie, wyposażenia, rozwiązań technicznych i technologicznych wchodzących w skład proponowanej instalacji do przetwarzania frakcji zawierających odpady ulegające biodegradacji wydzielonych z odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych oraz co najmniej w jednym przypadku przeznaczonym dodatkowo do przetwarzania odpadów organicznych (bio) i zielonych pochodzących z gospodarstw domowych a zbieranych selektywnie. Wykaz ten winien zawierać, co najmniej: nazwę maszyny czy urządzenia, typ, jego producenta/dostawcy, nazwę instalacji wraz z adresem i danymi kontaktowymi, rodzaj odpadów kierowanych na instalację, funkcję (zadanie) maszyny czy urządzenia. Wykaz ten winien zawierać informacje dotyczące kluczowego wyposażenia takiego jak: systemu automatycznego załadunku i automatycznego wyładunku, automatycznego przerzucania, sterowania, napowietrzania w układzie ssąco-tłoczącym, oczyszczania powietrza/biofiltr."

Zdaniem Odwołującego dane jakich oczekuje Zamawiający w pkt B ppkt 8) oraz pkt C ppkt 8 załącznika nr 7 do oferty, w żaden sposób nie stanowią potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Zgodnie z rozporządzeniem z dn. 30 grudnia 2009 r. dokumentów, jakich można żądać od wykonawcy (na podstawie paragrafu 1 ust. 1 rozporządzenia) w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy PZP, a nie w ramach oferty technicznej.

Odwołujący zauważył także, że warunek udziału w postępowaniu określony w sekcji III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 9. 4) IDW dotyczący opisu sposobu oceny spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej z uwagi zdecydowanie zaniżoną wysokość ubezpieczenia OC oraz obrotów finansowych potencjalnego wykonawcy

został określony w sposób rażąco nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w związku z czym naruszona jest zasada określona w art. 22. ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący w odwołaniu wskazał, również że Zamawiający w pkt 35 IDW, ograniczył możliwość podwykonawstwa w ramach ogłoszonego zadania, w zakresie następujących prac:

1. projektu technologicznego instalacji sortowni i kompostowni
2. dostawy podstawowego wyposażenia technologicznego instalacji sortowni i kompostowni tj. przenośników tych instalacji, sita bębnowego, urządzenia do przerzucania, kabin sortowniczych
3. montażu wyposażenia technologicznego sortowni i kompostowni
4. uruchomienia i rozruchu instalacji technologicznych.

Jednakże powyższe ograniczenia, zdaniem Odwołującego pozostają w sprzeczności z ratio legis art. 36 ust 5 Ustawy Pzp. Niniejszy przetarg jest przetargiem na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, nieuzasadniona jest więc pewność Zamawiającego, że wykonanie zamówienia o takim charakterze zapewni wykonawca, którego cechą jest realizacja dostaw podstawowego wyposażenia technologicznego oraz montaż i rozruch instalacji technologicznych. Z pewnością cechami takimi powinien się charakteryzować wykonawca w przetargu na dostawy lub dostawy wraz z usługą montażu i rozruchu. Natomiast w przetargu na roboty z projektowaniem dostawcy urządzeń najczęściej pełnią rolę podwykonawców, gdyż właściwe wykonanie zamówienia tego typu zapewnia wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej a nie indywidualne cechy dostawcy. Równie nieuzasadnione jest niedopuszczenie zlecenia podwykonawcy projektu technologicznego instalacji sortowni i kompostowni. Projekt technologiczny jest częścią projektu budowlanego i tylko jako element projektu budowlanego odgrywa rolę w procesie inwestycyjnym. Indywidualne cechy wykonawcy realizującego projekt technologiczny nie zapewniają właściwego wykonania zamówienia, którym jest wykonanie robót z projektowaniem (projektowanie oznacza tu przede wszystkim projekt budowlany, na podstawie którego udzielone zostaje pozwolenie na budowę). Ponadto Odwołujący wskazał, że SIWZ jest sprzeczna w swoich postanowieniach, ponieważ z jednej strony pkt 35 PFU zakazuje podwykonawstwa, z drugiej zaś strony zgodnie z Ustawą i cytowanym powyżej rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów w pkt 9.1.2 IDW Zamawiający dopuszcza bazowanie na doświadczeniu podmiotów trzecich w zakresie projektowania, dostarczania i budowania przez te podmioty. Tym samym Zamawiający pozbawia w tym przypadku wykonawców bazowania na ich doświadczeniu, co stanowi zagrożenie dla prawidłowego (bezpiecznego) wykonania zamówienia, a co za tym idzie - wydatkowania pieniędzy publicznych. Z jednej strony podwykonawca daje referencje i

udostępnia swój potencjał na cały okres realizacji zamówienia, a z drugiej strony nie może uczestniczyć w procesie wykonywania tego przedmiotu. Jest to duża sprzeczność która uniemożliwia wykonawcy prawidłowy dobór kadry wykonawczej.

Ponadto Odwołujący zaznaczył w odwołaniu, iż w PFU zostało również przedstawione wymaganie Zamawiającego dotyczące wymiarów hali technologicznej do kompostowania/tlenowej stabilizacji odpadów - rozdział 5.5.9. Hala instalacji intensywnej stabilizacji/kompostowania (strona 75). Narzucenie powyższego szczegółowego wymagania dotyczącego minimalnych wymiarów (długość i szerokość) hali kompostowni, zdaniem Odwołującego Zamawiający niewątpliwie preferuje wąskie grono wykonawców, którzy oferować będą rozwiązania technologiczne oparte na technologiach których hala technologiczna będzie miała optymalne wymiary zbliżone kształtem podstawy do kwadratu. Taki wymóg znacząco ogranicza możliwości zaproponowania przez innych wykonawców - w ramach uczciwej konkurencji - optymalnego dla Zamawiającego rozwiązania, np. poprzez oferowanie hali o podstawie w kształcie prostokąta, którego jeden bok mógłby być krótszy niż 65 metrów. W wyniku tego wymogu wykonawca mimo, iż dla niego optymalnym rozwiązaniem, gwarantującym wszystkie wymagane przez Zamawiającego efekty technologiczne będzie obiekt o podstawie w kształcie prostokąta (oczywiście zachowujący wymagane w PFU parametry powierzchniowo kubaturowe, jednak o szerokości mniejszej niż wymagana w PFU 65,0 m) zostanie zmuszony postanowieniami tego dokumentu do zbędnego i nieekonomicznego poszerzenia obiektu. W związku z powyższym w ocenie Odwołującego tenże warunek preferuje jednego wykonawcę, uniemożliwiając dostęp innym wykonawcom, na zasadach uczciwej konkurencji.

Ponadto w PFU zostało przedstawione wymaganie Zamawiającego dotyczące wymiarów pomieszczenia napraw i konserwacji maszyny obróbki i przerzucania kompostowanego/stabilizowanego odpadu - rozdział 5.5.9. Hala instalacji intensywnej stabilizacji/kompostowania (strona 75) – „*Pomieszczenia napraw i konserwacji maszyny obróbki i przerzucania poza halą zasadniczego kompostowania, min. (dł.13mx sz.13mx wysJm)*”. Narzucenie tego szczegółowego wymagania dotyczącego konieczności wybudowania przy hali pomieszczenia napraw i konserwacji maszyny do obróbki w znacznym stopniu ogranicza możliwości wykonawców w oferowaniu konkurencyjnych technologii, jednocześnie preferując wykonawcę „dostarczającego” technologię w której takie rozwiązanie jest rozwiązaniem standardowym i typowym.

Pismami z dnia 26 sierpnia 2010 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w dniu 27 sierpnia 2010 r. (bezpośredni wpływ do Izby) zgłosili następujący wykonawcy:

- BUDIMEX S.A., 01-040 Warszawa, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40,

- Ekosystem S.A., 65-364 Zielona Góra, ul. Kozuchowska 20c,
- Falubaz S.A., 65-785 Zielona Góra, ul. Osadnicza 2.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2010 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 9 sierpnia 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2010/S 156 – 241062 z dnia 13 sierpnia 2010 r.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 13 sierpnia 2010 r.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie oraz Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera, między innymi następujące postanowienia:

1) Instrukcja dla Wykonawców: (9.1 2) lit b))

W celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje odpowiednim potencjałem do wykonania niniejszego zamówienia, wykonawca musi spełniać następujące warunki (w przypadku wspólnego ubiegania się 2 lub więcej wykonawców o udzielenie zamówienia, oceniane będą łączne kwalifikacje i doświadczenie:

- a) Wykonawca zaprojektował i dostarczył w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej dwie stacjonarne linie segregacji odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych o przepustowości minimum 50000 Mg/rok zlokalizowane w hali, o wartości każdej instalacji do sortowania nie mniejszej niż 7.000.000 zł, z których co najmniej jedna została wyposażona w co najmniej jeden segregator optyczny

2) Instrukcja dla Wykonawców: (9.3) IV IDW, pkt 9.3 X IDW, 9.3 XII IDW)

Ponadto wymagane było wykazanie przez wykonawcę niżej wymienionych osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu przewidywanych do wykonywania przez nich czynności:

- a) 1 osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Technologa dla sortowni posiadającą:
- kwalifikacje: wykształcenie wyższe techniczne,
 - ogólne doświadczenie zawodowe – co najmniej 10 letnie doświadczenie zawodowe w ochronie środowiska/i lub zagospodarowaniu odpadów w tym co najmniej 3 letnie doświadczenie przy projektowaniu budowy linii technologicznych do sortowania odpadów komunalnych,

Szczegółowe doświadczenie zawodowe – doświadczenie w projektowaniu na stanowisku samodzielnym w charakterze technologa sortowni co najmniej jednego zakładu zagospodarowania odpadów o przepustowości nie mniejszej niż 60000 Mg/rok, gdzie zastosowano rozwiązania technologiczne instalacji do sortowania odpadów komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 50000 Mg/rok, który był wyposażony w co najmniej jeden separator optyczny

- b) 1 osobą przewidzianą do pełnienia funkcji kierownika montażu linii technologicznej sortowni posiadający:

- kwalifikacje i umiejętności: wykształcenie wyższe inżynierskie,
- ogólne doświadczenie zawodowe: co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego,
- szczególne doświadczenie zawodowe: co najmniej 3 letnie doświadczenie w pracy na stanowisku kierownika montażu linii technologicznych do sortowania w zakładach unieszkodliwiania odpadów komunalnych, w tym kierowanie montażem minimum 2 linii technologicznych sortowania, w tym co najmniej jednej linii do sortowania odpadów komunalnych o przepustowości minimum 50000 Mg/rok, która była wyposażona w co najmniej jeden separator optyczny.

- c) 1 osobę przewidzianą do pełnienia funkcji specjalisty ds. rozruchów technologicznych dla sortowni posiadający:

- kwalifikacje: wykształcenie wyższe inżynierskie,
- ogólne doświadczenie zawodowe: co najmniej 10 letnie doświadczenie zawodowe, w

tym co najmniej 3 letnie doświadczenie przy nadzorowaniu uruchamiania linii technologicznych do sortowania odpadów komunalnych

Szczegółowe doświadczenie zawodowe: doświadczenie przy nadzorowaniu uruchamiania min. Dwoch linii technologicznych do sortowania odpadów komunalnych o przepustowości minimum 50000 Mg/rok zakończonych odbiorem końcowym, w tym przynajmniej jednej, która była wyposażona w co najmniej jeden separator optyczny o porównywalnej bądź wyższej wydajności i działający w uwarunkowaniach porównywalnych do przedmioty zamówienia.

3) Załącznik nr 6 IDW – wzór gwarancji technologicznej, str. 48:

- pkt 8 – zdolność przerobowa instalacji stabilizacji odpadów organicznych wydzielonych ze strumienia odpadów komunalnych zmieszanych jako frakcja 0-80 mm.,

- pkt 16 – osiągnięcie dla frakcji 0-80 mm. Kierowanej do stabilizacji określonych tam parametrów. (postanowienia dotyczące wielkości frakcji),
- pkt 14 – osiągnięcie wskaźnika ilości odpadów komunalnych ulegających biodegradacji unieszkodliwianych przez składowanie mniejszego niż – 35% masy wytworzonej w 1995 r.

4) Załącznik nr 7IDW – Oferta techniczna – str. 50

Instalacja do sortowania:

Wykaz zrealizowanych przedsięwzięć, gdzie zastosowano oferowane rozwiązania technologiczne spełniające wymagania określone w SIWZ i PFU, a dotyczące technologii instalacji do sortowania.

Powyższy wykaz miał potwierdzać fakt oferowania sprawdzonego w podobnych warunkach tzn. zastosowanego min. 2-krotnie, wyposażenia, rozwiązań technicznych i technologicznych na funkcjonujących instalacjach do sortowania odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych. Wykaz ten winien zawierać co najmniej nazwę maszyny czy urządzenia, typ, jego producenta, nazwę instalacji, wraz z adresem i danymi kontaktowymi, rodzaj odpadów kierowanych na instalację, (funkcję) zadanie maszyny czy urządzenia. Wykaz ten winien zawierać informacje dotyczące tylko kluczowego wyposażenia. Instalacja do stabilizacji tlenowej:

Wykaz zrealizowanych przedsięwzięć, gdzie zastosowano oferowane rozwiązania technologiczne spełniające wymagania określone w SIWZ i PFU, a dotyczące technologii instalacji do stabilizacji tlenowej.

Powyższy wykaz miał potwierdzać fakt oferowania sprawdzonego w podobnych warunkach, tzn. zastosowanego min. 2 – krotnie, wyposażenia, rozwiązań technicznych i technologicznych wchodzących w skład proponowanej instalacji do przetwarzania frakcji zawierających odpady ulegające biodegradacji wydzielonych z odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych oraz co najmniej w jednym przypadku przeznaczonych dodatkowo do przetwarzania odpadów organicznych (bio) i zielonych pochodzących z gospodarstw domowych, a zbieranych selektywnie. Wykaz ten winien zawierać co najmniej: nazwę maszyny czy urządzenia, typ, jego producenta/dostawcy, nazwę instalacji wraz z adresem i danymi kontaktowymi, rodzaj odpadów kierowanych na instalację, funkcję zadanie maszyny czy urządzenia. Wykaz ten winien zawierać informacje dotyczące tylko kluczowego wyposażenia t.j.: systemu automatycznego załadunku, i automatycznego wyładunku, automatycznego przerzucania, sterowania, oczyszczania powietrza/biofiltr.

5) pkt 35 – Podwykonawstwo (str. 32 IDW):

Zamawiający żąda wykazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, dostawcom. Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia Zamawiający nie dopuszcza zlecenia podwykonawcom następujących prac:

1. Projektu technologicznego instalacji sortowni i kompostowni,
2. Dostawy podstawowego wyposażenia technologicznego instalacji sortowni i kompostowni t.j. przenośników tych instalacji, sita bębnowego, urządzenia do przerzucania, kabin sortowniczych,
3. Montażu wyposażenia technologicznego sortowni i kompostowni,
4. Uruchomienia i rozruchu instalacji technologicznych.

6) Hala instalacji intensywnej stabilizacji/kompostowania – rozdział 5.5.9 (str. 75):: Instalacja do kompostowania winna zostać zlokalizowana wewnątrz hali, wykonanej w konstrukcji żelbetowej, o minimalnych wymiarach wynoszących (dł. x szer. x wys. w świetle) tj. 65 m x 65,0 m x 7,0 m., dostosowanej do parametrów środowiskowych występujących w hali kompostowania.).

7) rozdział 5.5.9. - Hala instalacji intensywnej stabilizacji/kompostowania (strona 75) - Pomieszczenia napraw i konserwacji maszyny obróbki i przerzucania poza halą zasadniczego kompostowania, min. (dł.13mx sz.13mx wys.4m).

Pismem z dnia 31 sierpnia 2010 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji”. Zatem do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z

uwzględnieniem wskazanych powyżej nowelizacji, które weszły w życie odpowiednio w dniu 22 grudnia 2009 r. oraz w dniu 29 stycznia 2010 r.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawcy:

- BUDIMEX S.A., 01-040 Warszawa, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40,
- Ekosystem S.A., 65-364 Zielona Góra, ul. Kożuchowska 20c,
- Falubaz S.A., 65-785 Zielona Góra, ul. Osadnicza 2.

zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby zgłoszenie przystąpień do postępowania odwoławczego należało uznać za skuteczne.

Ponadto odwołanie, wobec niestwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że istnieją podstawy do rozpoznania odwołania na rozprawie.

Mając powyższe na względzie, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie rozpoznając przedmiotowe odwołanie.

Następnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu danego zamówienia, t.j. w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż niniejsze odwołanie, zdaniem Izby zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do ogłoszenia i SIWZ zapisu wskazującego, iż w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje odpowiednim potencjałem do wykonania niniejszego zamówienia, wykonawca musi spełniać następujący warunek:

- a) Wykonawca zaprojektował i dostarczył w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej dwie stacjonarne linie segregacji odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych o przepustowości minimum 50000 Mg/rok zlokalizowane w hali, o wartości każdej instalacji do sortowania nie mniejszej niż 7.000.000

zł, z których co najmniej jedna została wyposażona w co najmniej jeden segregator optyczny.

Powyższy zarzut zdaniem Izby zasługuje na uwzględnienie z kilku względów.

Izba stwierdza, iż nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że określony przez Zamawiającego w ten sposób warunek udziału ściśle powiązany jest z przedmiotem zamówienia zgodnie z dyspozycją art.22 ust.4 ustawy i nie stanowi warunku nadmiernego.

Zdaniem Izby postawienie warunku w taki sposób narusza art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp i może ograniczyć krąg podmiotów, zamierzających wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu.

Izba wskazuje, dając wiarę twierdzeniom Odwołującego, iż głównym przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa zakładu unieszkodliwiania odpadów, zaś zaprojektowanie i dostarczenie linii segregacji stanowi tylko część przedmiotowego zamówienia. Ponadto Izba podziela pogląd Odwołującego, że z punktu widzenia oceny doświadczenia wykonawcy bez znaczenia jest bowiem czy usługi zostały wykonane jednocześnie, czy też osobno. Zdaniem Izby wykonawca który jednocześnie zaprojektował i dostarczył linie do segregacji odpadów posiada analogiczne doświadczenie jak wykonawca, który w jednym zamówieniu zaprojektował, a w innym dostarczył linię do segregacji odpadów.

Zdaniem Izby warunek udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny jego spełniania powinien być adekwatny do przedmiotu zamówienia, dlatego też punktem odniesienia dla Zamawiającego konstruującego warunki udziału powinien być przedmiot zamówienia oraz jego wartość. Określenie warunku nieadekwatnego do wielkości przedmiotu zamówienia może doprowadzić do wyeliminowania wykonawców niespełniających warunku, którzy de facto byliby jednak w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Izba biorąc pod uwagę wskazane przez Odwołującego okoliczności wzięta pod rozwagę, że tak postawiony warunek nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i powinien zostać zmodyfikowany przez Zamawiającego, gdyż w konsekwencji może prowadzić do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego Izba stwierdziła, że adekwatność i proporcjonalność należy rozumieć w ten sposób, aby nie ograniczało to wykonawcom możliwości wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym należy zauważyć, iż zdaniem Izby Zamawiający błędnie interpretuje ową proporcjonalność i adekwatność w stosunku do przedmiotu zamówienia. Owa proporcjonalność i adekwatność nie powinna być interpretowana jako dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia, lub jego części, gdyż w tym przypadku warunki udziału z jednej strony mają na celu postawienie

pewnej bariery, tak aby do postępowania przystąpili wykonawcy z konkretnym doświadczeniem, jednakże należy z drugiej strony pamiętać, iż tak postawiony przez Zamawiającego warunek nie może sprowadzać się do łamania podstawowych zasad zamówień publicznych. W ocenie Izby określenie spornego warunku udziału w postępowaniu może wyeliminować wykonawców, którzy nie posiadają takiego doświadczenia jakie wymaga Zamawiający, nie mniej jednak legitymują się doświadczeniem gwarantującym należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia. Należy też pamiętać, że samo postawienie warunku nie zagwarantuje Zamawiającemu rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia, Zamawiający w tym zakresie musi pamiętać również o zapisach zawartych w wzorze umowy załączonym do SIWZ.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp podniesione przez Odwołującego w niniejszym zakresie potwierdziły się, znajdują swe uzasadnienie w przedstawionym Izbie materiale dowodowym, dlatego też Izba miała podstawy do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Mając powyższe na względzie Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia i SIWZ w następujący sposób:

a) zaprojektował w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej dwie stacjonarne linie segregacji odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych o przepustowości min. 50 000 Mg/rok zlokalizowane w hali, o wartości każdej instalacji do sortowania nie mniejszej niż 7.000.000 PLN oraz dostarczył w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej dwie stacjonarne linie segregacji odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych o przepustowości min. 50 000 Mg/rok zlokalizowane w hali, o wartości każdej instalacji do sortowania nie mniejszej niż 7.000.000 PLN.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do ogłoszenia i SIWZ zapisu wskazującego, iż w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje odpowiednim potencjałem do wykonania niniejszego zamówienia, wykonawca musi spełniać następujący warunek wykazania doświadczeniem oraz wykazaniem się osobami, które mają doświadczenie przy działaniu/funkcjonowaniu linii technologicznych wyposażonych w separatory optyczne, Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, iż takie zapisy mogą utrudniać uczciwą konkurencję.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, iż ze względu na oczekiwania Zamawiającego. t.j. wykonania instalacji technologicznej do sortowania odpadów z zastosowaniem wyposażenia gwarantującego uzyskanie wymaganego poziomu redukcji strumienia odpadów, najistotniejszym wyposażeniem w przedmiotowej instalacji zapewniającym odzysk poszczególnych frakcji materiałowych są separatory optyczne. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, że specyfika pracy poszczególnych urządzeń technologicznych, w tym różnego rodzaju separatorów jest inna i nie można porównywać separatorów optycznych z np. separatorami elektromagnetycznymi służącymi do wydzielania metali czy też z separatorami balistycznymi służącymi do wydzielania szkła czy kamieni. Izba zwróciła uwagę, iż przedmiot zamówienia opisany przez Zamawiającego obejmuje linie technologiczną składającą się w dużej mierze z separatorów optycznych, co zostało potwierdzone na rozprawie (ponadto str. 62 Programu Funkcjonalno-Użytkowego). Mając powyższe na względzie Izba uznała, że właściwym było żądanie przez Zamawiającego wykazania się doświadczeniem przy działaniu separatorów optycznych i wymóg ten nie ogranicza uczciwej konkurencji.

Podsumowując Izba stwierdziła, że ww. zarzut podniesiony przez Odwołującego nie znalazł uzasadnienia w przedstawionym materiale dowodowym i tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania w niniejszym zakresie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp a dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej, t.j. zapisów ogłoszenia i SIWZ, iż wykonawca miał spełniać następujące warunki:

- a) wykonawca osiągnął w ostatnich 3 latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, średnie roczne przychody netto ze sprzedaży w kwocie minimum 25.000.000, 00 zł,
- b) posiadać środki finansowe w wysokości co najmniej 5.000.000 zł lub posiadać zdolność kredytową w wysokości co najmniej 5.000.000,
- c) posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności obejmującej roboty budowlane oraz projektowanie w wysokości min. 5.000.000 PLN

Izba uznała, że powyższy zarzut wskazujący, że warunki te są zbyt niskie nie znalazł również potwierdzenia w dokumentacji przedmiotowego postępowania a Odwołujący nie udowodnił, że warunki te są nieadekwatne i nieproporcjonalne do wartości i przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, iż przywołany zarzut nie został przez Odwołującego udowodniony. Odwołujący nie wykazał, jak postawiony w ten sposób warunek miałby być nieadekwatny i ewentualnie zagrażać realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący powinien przedstawić na tą okoliczność konkretne argumenty oraz dowody. Izba zwraca uwagę, iż nie

wystarczy, że wykonawca powoła się na przepis ustawy Pzp i wskaże w tym zakresie bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Izba uznała, iż nie jest to wystarczający argument a zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia.

W następnej kolejności Izba przystąpiła do badania zarzutu dotyczącego danych jakich oczekiwał Zamawiający w pkt B ppkt 8) oraz pkt C ppkt 8 załącznika nr 7 do oferty, t.j.:

- „Wykaz zrealizowanych przedsięwzięć, gdzie zastosowano oferowane rozwiązania technologiczne spełniające wymagania określone w SIWZ i PFU a dotyczące technologii instalacji do sortowania”.

Powyższy wykaz miał potwierdzać fakt oferowania sprawdzonego w podobnych warunkach, tzn. zastosowanego min. 2-krotnie, wyposażenia, rozwiązań technicznych i technologicznych na funkcjonujących instalacjach do sortowania odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych. Wykaz ten winien zawierać, co najmniej: nazwę maszyny czy urządzenia, typ, jego producenta, nazwę instalacji wraz z adresem i danymi kontaktowymi, rodzaj odpadów kierowanych na instalację, funkcję (zadanie) maszyny czy urządzenia.

- „Wykaz zrealizowanych przedsięwzięć, gdzie zastosowano oferowane rozwiązania technologiczne spełniające wymagania określone w SIWZ, PFU a dotyczące technologii instalacji do stabilizacji tlenowej”.

Powyższy wykaz miał potwierdzać fakt oferowania sprawdzonego w podobnych warunkach, tzn. zastosowanego min. 2-krotnie, wyposażenia, rozwiązań technicznych i technologicznych wchodzących w skład proponowanej instalacji do przetwarzania frakcji zawierających odpady ulegające biodegradacji wydzielonych z odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z gospodarstw domowych oraz co najmniej w jednym przypadku przeznaczonym dodatkowo do przetwarzania odpadów organicznych (bio) i zielonych pochodzących z gospodarstw domowych a zbieranych selektywnie. Wykaz ten winien zawierać, co najmniej: nazwę maszyny czy urządzenia, typ, jego producenta/dostawcy, nazwę instalacji wraz z adresem i danymi kontaktowymi, rodzaj odpadów kierowanych na instalację, funkcję (zadanie) maszyny czy urządzenia. Wykaz ten miał zawierać informacje dotyczące kluczowego wyposażenia takiego jak: systemu automatycznego załadunku i automatycznego wyładunku, automatycznego przerzucania, sterowania, napowietrzania w układzie ssąco-tłoczącym, oczyszczania powietrza/biofiltr."

i zgodności tych zapisów z treścią art. 25 ustawy Pzp w związku z § 5 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Izba uznała, że powyższy zarzut jest zasadny.

Odwołujący wskazywał w odwołaniu, iż informacje te w żaden sposób nie stanowią potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, a wykazywać mogą jedynie potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba zwraca uwagę na treść art. 25 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z powyższego wynika, iż Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Żądanie dokumentów w SIWZ nie może wykraczać poza zakres przedmiotu zamówienia i związanych z nim warunków wymaganych od wykonawców. Powyższe potwierdza również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 października 2002 roku (sygn. V Ca 1702/02).

Ponadto zgodnie z § 5 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w celu potwierdzenia, że oferowane zamówienie odpowiada wymaganiom Zamawiającego (zamówienia, które mają być świadczone przez wykonawcę w przyszłości) Zamawiający może żądać w szczególności: próbek, opisów lub fotokopii, opisów urządzeń technicznych, itp. Jak wynika z treści tego rozporządzenia katalog dokumentów przedmiotowych, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy jest otwarty, jednakże należy pamiętać, iż dokumenty te dotyczą usług, dostaw, czy robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę w ramach prowadzonego postępowania (t.j. zamówień, które będą świadczone przez wykonawcę w przyszłości, po przeprowadzeniu tego postępowania). Dokumentów tych Zamawiający nie może mylić z dokumentami podmiotowymi, a dotyczącymi spełnienia postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu (§ 1 ust. 1 rozporządzenia).

Nie ulega wątpliwości, co słusznie podniósł Odwołujący w swoim odwołaniu, iż wykazy wymagane przez Odwołującego w załączniku nr 7 („Oferta techniczna”) nie potwierdzają okoliczności zawartych w art. 25 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów, t.j. nie dotyczą strony przedmiotowej niniejszego zamówienia, a

wskazywać mogą jedynie potwierdzenie spełniania warunku udziału, t.j. stronę podmiotową, dlatego też Izba uznała powyższy zarzut naruszenia art. 25 ustawy w związku z rozporządzeniem w sprawie dokumentów jest uzasadniony.

Mając powyższe na względzie Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia i SIWZ w następujący sposób:

- odpowiednie wykreślenie postanowień dotyczących obowiązku przedstawienia wykazów opisanych w pkt B ppkt 8) oraz pkt C. ppkt 8 załącznika nr 7 do oferty, t.j. zapisów dotyczących:

- Wykazu zrealizowanych przedsięwzięć, gdzie zastosowano oferowane rozwiązania technologiczne spełniające wymagania określone w SIWZ i PFU a dotyczące technologii instalacji do sortowania.

- Wykazu zrealizowanych przedsięwzięć, gdzie zastosowano oferowane rozwiązania technologiczne spełniające wymagania określone w SIWZ, PFU a dotyczące technologii instalacji do stabilizacji tlenowej.

Następnie Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 36 ust. 5 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ zapisu wskazującego, iż ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia Zamawiający nie dopuszcza zlecenia podwykonawcom następujących prac:

1. Projektu technologicznego instalacji sortowni i kompostowni,
2. Dostawy podstawowego wyposażenia technologicznego instalacji sortowni i kompostowni t.j. przenośników tych instalacji, sita bębnowego, urządzenia do przerzucania, kabin sortowniczych,
3. Montażu wyposażenia technologicznego sortowni i kompostowni,
4. Uruchomienia i rozruchu instalacji technologicznych.

Izba uznała, że powyższy zarzut potwierdził się.

Izba zauważa, że zgodnie z treścią art. 36 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający może określić w SIWZ, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Należy podkreślić, iż co do zasady powyższy przepis nie powinien być interpretowany przez Zamawiającego rozszerzająco, t.j. w ten sposób, aby wykluczać podwykonawstwo w realizacji zamówienia.

Zamawiający może korzystać z tego przepisu, t.j. wyłączać dopuszczalność uczestnictwa podwykonawstwa tylko w przypadkach, gdy jest to uzasadnione charakterem części zamówienia oraz założeniem, że tylko indywidualne cechy wyłonionego wykonawcy zapewniają rzetelne wykonanie zamówienia. Zdaniem Izby Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wykazał w sposób dostateczny, że takie wyłączenie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia.

Powyższe potwierdzają zapisy obu dyrektyw (art. 25 dyrektywy klasycznej 2004/18/WE oraz art. 37 dyrektywy sektorowej 2004/17/WE), zgodnie z którymi instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców. Wskazanie takie pozostaje bez uszczerbku dla kwestii odpowiedzialności głównego wykonawcy. Z brzmienia powyższych przepisów wynika, iż prawo wspólnotowe pozwala wykonawcom na wykonywanie zamówienia przez podwykonawców, z zastrzeżeniem że posługiwanie się podwykonawcami przez wykonawcę nie wpływa na zakres odpowiedzialności wykonawcy względem zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia wynikającego z umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Tym samym Izba stwierdziła, że powyższy zarzut naruszenia art. 36 ust. 5 ustawy Pzp podniesiony przez Odwołującego znalazł uzasadnienie a w konsekwencji Izba miała podstawy do uwzględnienia odwołania w tej części.

Mając powyższe na względzie Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia i SIWZ w następujący sposób:

- wykreślenie akapitu drugiego pkt 35. IDW zawierającego zakaz zlecenia podwykonawcom następujących prac:
 - a. projektu technologicznego instalacji sortowni i kompostowni
 - b. dostawy podstawowego wyposażenia technologicznego instalacji sortowni i kompostowni tj. przenośników tych instalacji, sita bębnowego, urządzenia do przerzucania, kabin sortowniczych
 - c. montażu wyposażenia technologicznego sortowni i kompostowni
 - d. uruchomienia i rozruchu instalacji technologicznych;

Ponadto Izba badała zarzuty w zakresie żądania przedstawienia przez Wykonawcę gwarancji technologicznej według wzoru - załącznik nr 6. W części A załącznika nr 6. w poz. 8. Zamawiający określił minimalną wydajność instalacji stabilizacji odpadów organicznych - 38 000 Mg/rok oraz granice wielkości frakcji kierowanej do stabilizacji jako frakcję w przedziale 0-80 mm. Jednocześnie w punkcie 14 (część A) tego załącznika Zamawiający wymaga, aby dostarczona instalacja gwarantowała „osiągnięcie wskaźnika ilości odpadów komunalnych ulegających biodegradacji unieszkodliwianych przez składowanie mniejszego niż: 35 % masy wytworzonej w 1995 r.

Takie zastrzeżenia oraz zapisy SIWZ, w ocenie Izby nie zostały przez wykonawcę w sposób dostateczny i właściwy zakwestionowane w odwołaniu, oraz w konsekwencji nie zostało w sposób dostateczny udowodnione jakie przepisy ustawy zostały naruszone oraz w jaki sposób Zamawiający naruszył ustawę Prawo zamówień publicznych, dlatego też w tym przypadku Izba stwierdziła, iż powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

W zakresie zarzutów dotyczących warunków wymiarów hali technologicznej do kompostowania/tlenowej oraz wymiarów pomieszczenia napraw i konserwacji maszyny obróbki i przerzucania kompostowanego/stabilizowanego odpadu Izba uznała, że powyższe zarzuty nie zostały przez Odwołującego w sposób dostateczny udowodnione.

Izba przypomina, iż w toku postępowania odwoławczego to na wykonawcy, który skorzysta z prawa zaskarżenia czynności Zamawiającego spoczywa ciężar wykazania, że konkretne działanie/zaniechanie Zamawiającego jest sprzeczne z konkretnymi przepisami ustawy i w jaki sposób jest ono sprzeczne. W odwołaniu należy wskazać czy Zamawiający naruszył jakieś przepisy i w jaki sposób to uczynił. Zdaniem Izby Odwołujący w sposób dostateczny nie wykazał jaki przepis ustawy został w tym zakresie naruszony.

Jednakże niezależnie od powyższego, zdaniem Izby, Zamawiający w SIWZ określił wielkość możliwych przekroczeń przyjętych przez siebie parametrów powierzchni i kubatur o + 50%, dlatego też Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), a także art. 36 ust. 5 ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

.....